ARCHIV

FÜR

ÖFFENTLICHES RECHT.

HERAUSGEGEBEN

VON

Dr. PAUL LABAND

PROFESSOR DER RECHTE IN STRASSBURG I. E.

UND

Dr. FELIX STOERK

PROFESSOR DER RECHTE IN GREIFSWALD.

FÜNFTER BAND.



FREIBURG I. B. 1890.

AKADEMISCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG VON J. C. B. MOHR

(PAUL SIEBECK).

Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne mit Beziehung auf die gleichbenannte Abhandlung von Dr. Albert Hänel.

Von

Dr. August Thon in Jena.

Der seit zwei Jahrzehnten entbrannte Streit über die Berechtigung, von materiellen und von formellen Gesetzen zu sprechen, d. h. von Gesetzen, welche einen Rechtssatz enthalten und von solchen, welche einen Rechtssatz nicht enthalten, schien dem Erlöschen nahe zu sein. Fast allseitig wurde die Nothwendigkeit einer derartigen Unterscheidung anerkannt; es schien „eine Leugnung des Gegensatzes von formellem und materiellem Gesetze kaum mehr möglich".

Jellinek, Gesetz und Verordnung (1887) S. 231, Anm. 10a.
Brie, Archiv für öffentliches Recht IV (1888) S. 11.

Demgemäss hatte auch Laband, welchem vornehmlich das Verdienst gebührt, auf jenen Gegensatz hingewiesen und denselben begründet zu haben, in der zweiten Auflage seines Staatsrechtes des Deutschen Reiches Bd. I, S. 568, Anm. 2 a. E. (1888) die Erklärung abgegeben, er glaube auf eine Erneuerung dieser Polemik verzichten zu dürfen. Zugleich konnte es als ein Beleg für die Richtigkeit dieser begrifflichen Scheidung betrachtet werden, dass die Vertheidiger derselben von durchaus verschiedenen Ausgangspunkten aus zu derselben gelangt waren.

Allein neuerdings ist die Berechtigung, eine Doppelnatur des Gesetzes anzunehmen, wieder in Frage gestellt worden. Im zweiten Bande seiner „Studien zum deutschen Staatsrechte“ (1888) bespricht HÄNEL S. 99—354 „das Gesetz im formellen und materiellen Sinne“ und gelangt zu dem Ergebnisse:

> „Die Form des Gesetzes hat den Rechtssatz zu dem ihr nothwendigen Inhalte.“

Da hiernach jedes Gesetz im formellen Sinne zugleich ein Gesetz im materiellen Sinne darstellen soll, würde eine Unterscheidung weder nöthig noch möglich sein. Und in so eingehender Weise, so umsichtig, mit so tiefer Begründung wird dieser Beweis zu erbringen versucht, dass eine nochmalige Prüfung der Frage vom Standpunkte der allgemeinen Rechtslehre aus geboten erscheint. Ich folge daher gern einer mir von dem Mitherausgeber dieses Archives gegebenen Anregung, zu den grundlegenden Fragen Stellung zu nehmen.

I.

Abstracte Norm und Individualnorm.

Die Frage, welche HÄNEL aufwirft und welche er schliesslich in verneinendem Sinne beantwortet, lautet:

> „Ist es richtig, dass das Gesetz im Rechtssinne eine so weite, eine gegen ihren Inhalt so gleichgültige Allerweltsform ist, dass sie nicht nur Rechtssätze, sondern alles mögliche Andere bis zum rechtlich vollkommen Irrelevanten enthalten kann?“ (S. 115).

Um zur Beantwortung zu gelangen, unternimmt HÄNEL die Feststellung dreier Elemente. Diese Elemente sind:

- der Begriff des Rechtssatzes,
- der Begriff der Form des Gesetzes,
- eine Analyse des Inhaltes, der in der Form des Gesetzes aufgewiesen werden kann.

Bei dem ersten Theile seiner Untersuchungen (S. 116—139, §§ 3, 4) wendet sich Hänel vornehmlich gegen Georg Meyer.

Eine beträchtliche Zahl von Rechtslehrern, von Publicisten wie von Civilisten, geht von der Annahme aus, dass der Begriff des „Rechtssatzes“ eine abstracte Regelung unbestimmt vieler Verhältnisse in sich schliesse; die Regelung eines Einzelfalles könne nicht als Rechtssatz bezeichnet werden.

Diese Annahme wird von G. Meyer

> Der Begriff des Gesetzes und die rechtliche Natur des Staatshaushaltsetats in Grünhut's Zeitschrift VIII (1881) S. 1—53

für die vorliegende Frage zum Erweise des Vorhandenseins bloss formeller Gesetze verwerthet. Denn da in der Form des Gesetzes zweifellos auch die Regelung bloss individueller Verhältnisse erfolgen könne und thatsächlich vielfach erfolge, lägen in solchen Fällen stets Gesetze vor, welche einen Rechtssatz nicht enthielten und mithin nicht zugleich als materielle Gesetze bezeichnet werden könnten. Der nämlichen Beweisführung, wenn auch in Verbindung mit noch anderen Argumenten, bedient sich Seligmann.

> Seligmann, Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne (1886) S. 61 f.

Der Polemik Hänel's gegen diese Auffassung muss ich mich anschliessen, wenn auch vielfach mit abweichender Begründung.

Bei Prüfung dieser Frage wird der Begriff des objectiven Rechtes berührt werden müssen. Ich bemerke im Voraus, dass ich nur vom staatlichen Rechte reden werde, nicht also von dem Rechte, das sich in anderen menschlichen Gemeinschaften bildet — und weiter auch nur von dem durch staatliche Organe gesetzten Rechte, demnach mit Ausschluss des auf Gewohnheit sich gründenden Rechtes.

Die Frage, ob alles Recht imperativer Natur sei — eine Frage, die ich heute wie früher bejahe — muss hier auf sich beruhen. Es genügt für meinen Zweck zu constatiren, dass zu

jeder Zeit von allen Schriftstellern, die sich über „Gesetz“ und „Recht“ geäussert haben, ein Gebieten und Verbieten als vornehmlichster Inhalt genannt worden ist. Die legis virtus soll sich und zwar an erster Stelle im imperare vetare bewähren: ob an einziger Stelle, steht, wie bemerkt, hier nicht in Frage. Wo immer ein neuer staatlicher Befehl auftritt, wo staatlicherseits etwas geboten wird, was früher nicht geboten war, wo verboten wird, was vordem erlaubt war, haben wir die Neubildung objectiven Rechtes vor uns. Zu der Summe staatlichen Rechtes gehören jedenfalls sämmtliche staatliche Imperative. Sie sind gemeint, wenn des Ferneren von „Normen“ gesprochen werden wird. Abstracte Norm soll als abstracter Befehl, Individualnorm als individueller Befehl verstanden werden; Gebot und Verbot bilden bei beiden Arten von Normen wieder je eine Unterart.

Sollte nun eine Rechtsbildung nur erfolgen können durch eine abstracte Norm, welche für eine unbestimmte Anzahl von Fällen Geltung beansprucht, nicht aber durch eine Individualnorm, welche nur einen Einzelfall (oder eine bestimmte Anzahl einzelner Fälle) zu regeln unternimmt? „Verfügungen“ werden letztere von Meyer genannt und wenn in den Formen des Gesetzes erlassen als Verfügungen in Gesetzesform und sonach als bloss formelle Gesetze den Gesetzen im materiellen Sinne gegenübergestellt.

Ueber die terminologische Frage gedenke ich nicht zu streiten. In der That weisen die abstracten Normen gegenüber den Individualnormen in vielfacher Beziehung Unterschiede auf — und überdies sind sie mit der Zeit an Zahl und Bedeutung den letzteren gegenüber so übermächtig geworden, dass eine besondere Bezeichnung für jede dieser beiden, für das heutige Leben an Werth so ungleichen Gruppen sich empfiehlt. Auch will ich von vorn herein zugeben, dass — wie der Ausdruck „Gesetz“ — so auch das Wort „Rechtssatz“, da es von einem Setzen des Rechtes genommen ist, sprachlich auf das Stetige, Bleibende, Fortwirkende der abstracten Norm hinweist, im Gegensatze zu dem Vergänglichen,

Wechselnden, Flüchtigen, welches oft der individuellen Norm und regelmässig sogar dem Individualgebote innewohnt. Wollte man um desswillen den Ausdruck „Rechtssatz" auf dasjenige objective Recht beschränken, welches für unbestimmte Zeit und für eine unbestimmte Anzahl von Fällen gelten will, so wäre über diese Frage der Bezeichnung nicht weiter zu streiten. Dann würde eben um desswillen die Individualnorm einen Rechtssatz nicht enthalten. Allein ungelöst wäre damit die Frage, ob nicht auch die Individualnorm neues Recht schüfe, wenn man auch (wie mich dünkt ohne durchschlagenden Grund) Bedenken trüge, dies neue Recht als neuen Rechtssatz zu bezeichnen.

Unsere Frage ist also: begründet nur die abstracte Norm oder ebenso auch die Individualnorm neues Recht?

Sofort begegnet uns hier eine eigenthümliche Erscheinung. Von namhaften Philosophen wird angenommen, dass jeder wahre Imperativ ein individuelles Moment enthalte.

> SIGWART, Logik I, S. 17. Vgl. indessen auch: Begriff des Wollens (1879) S. 6. 11.

Danach würde sich der Befehl in dem Individual-Gebote oder Verbote erschöpfen. Abstracte, an eine unbestimmte Anzahl von Personen und auch nur bedingt erlassene Imperative gäbe es alsdann nicht. Diese Annahme hat ZITELMANN

> Irrthum und Rechtsgeschäft (1879) S. 222

verführt, in den Rechtssätzen allgemeiner Art überhaupt keine Imperative, vielmehr nur hypothetische Urtheile zu erblicken. Hiergegen hat sich, soviel ich sehe, die gesammte Kritik erklärt.

> Mein Aufsatz „Der Rechtsbegriff" in Grünhut's Zeitschrift VII (1880) S. 246 Anm. 12.
>
> SCHLOSSMANN, ebenda S. 550.
>
> BIERLING, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe II (1883) S. 17. 281 f.
>
> BINDING, Handbuch des Strafrechts I (1885) S. 158, Anm. 8 a. E.

SELIGMANN a. a. O. S. 30. 39 Anm. 3.

In der That wird lediglich der Zweck einer Kundgebung — mag sie mit Worten oder mittels Gesten erfolgen — über ihre Qualität, Befehl zu sein, entscheiden. Versucht der Aeussernde auf Grund irgend eines Machtverhältnisses, welches ihm Anderen gegenüber zusteht, das Verhalten dieser Letzteren zu bestimmen, so werden wir der Kundgebung Befehlsnatur zusprechen müssen: mag sich der Befehl richten an eine Person oder an Mehrere oder an eine unbestimmte Menge, mag er auch sprachlich in der Form des Imperativs auftreten oder in irgend welchen anderen Formen (etwa in der Form des Futurum, wie so oft in unseren modernen Gesetzen)

BIERLING a. a. O. S. 287,

HÄNEL a. a. O. S. 164,

mag er sofort Befolgung beanspruchen oder nur hypothetisch, unter näher bezeichneten weiteren Voraussetzungen. Allein bemerkenswerth ist doch, dass nach jener Theorie gerade den abstracten Normen die Eigenschaft von Geboten und Verboten abzusprechen wäre — und wenn nun andererseits die Individualnormen keine Rechtssetzung enthielten, verbliebe nirgends ein Gebieten und Verbieten als Function des Rechtes.

Es ist nicht abzusehen, warum nur abstracte Normen und nicht auch Individualnormen Recht setzen sollten. Wirken beide doch im concreten Falle völlig gleich. Allerdings wird der Imperativ α durch die abstracte Norm ein für allemal mit dem Thatbestande a verknüpft, so oft sich derselbe auch verwirklichen sollte, mithin mit dem Thatbestande a^1, a^2, a^3 bis $a\infty$. Das Individualgebot dagegen gibt seinen Imperativ α nur für den einen Fall, nehmen wir beispielsweise an für a^3. Falls aber a^3 eintritt, wirkt der Imperativ α genau in derselben Weise. Die Motivation, welche α unternimmt und welche eben „Recht“ genannt wird, kann im Falle a^3 nicht um desswillen eine andere sein, weil sie durch die abstracte Norm bereits in dem Falle a^1 und a^2

versucht (und vielleicht erreicht) worden war und ebenso auch in den Fällen $a^{4} \cdots \infty$ versucht werden wird: in Fällen, welche mithin entweder bereits abgethan sind oder zur Zeit überhaupt noch nicht vorliegen und sich vielleicht nie verwirklichen werden. Die Beschränktheit des Geltungsbereiches der Individualnorm im Vergleiche mit dem möglichen Geltungsbereiche der abstracten Norm kann die Identität ihrer Kraftleistung auf dem Punkte, der den beiden Geltungsgebieten gemeinsam angehört, nicht in Frage stellen.

Auch sind die Grenzen zwischen abstracter und individueller Norm keineswegs immer so scharf getrennt. In der zuvor angenommenen Formel standen sich freilich die äussersten Pole gegenüber: die abstracte Norm, die in allen Fällen $a^{1} \cdots \infty$, die individuelle Norm, die nur im Falle a^{3} Geltung beanspruchte. Es können sich jedoch auch die beiden Normenarten gegenseitig nähern. Die abstracte Norm kann ihre unbeschränkte Geltung verlieren, bei der individuellen Norm ist es möglich, dass wenigstens die Zahl der betroffenen Personen nicht festzustellen ist.

Denn das Charakteristische der Individualnorm besteht nicht darin, dass sie lediglich einem Einzelwesen etwas anbefiehlt. Ihr Kennzeichen ist vielmehr, dass der Thatbestand (in seiner Einheit oder in seiner Vielheit), an welchen Gebot oder Verbot anknüpft, bereits gegeben ist oder doch als demnächst gegeben in Betracht gezogen wird und dass sich mithin der Individualbefehl an diesem einen Thatbestande erschöpft. Hierin liegt der Unterschied von der abstracten Norm, welche für die Zeit ihrer Geltung unter Voraussetzung eines bestimmten Thatbestandes, so oft sich derselbe auch verwirklichen mag, im Voraus ihren Imperativ ausspricht: das abstracte Gebot dem Accumulator vergleichbar, der zunächst nur ruhende, nur angesammelte Energie darstellt, der jedoch seine treibende Kraft alsbald bekundet, so oft der Ring sich schliesst.

Zum Belege für die mögliche beiderseitige Annäherung der abstracten und der individuellen Norm mögen folgende Beispiele dienen.

Jedes transitorische Gesetz begrenzt zeitlich sein Geltungsgebiet; so kann es kommen, dass sich die Anzahl der möglichen Fälle seiner Anwendung gegen das Ende seiner Geltung hin genau übersehen lässt. Das in § 28 des Gesetzes gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Socialdemokratie vom 21. October 1878 enthaltene Gebot:

„Ueber jede auf Grund der vorstehenden Bestimmungen getroffene Anordnung muss dem Reichstage sofort, beziehungsweise bei seinem nächsten Zusammentreten Rechenschaft gegeben werden"

enthält zunächst eine abstracte Norm; sie lässt sich in die Formel fassen: „es soll so oft". Und dennoch würde sich, falls der Endtermin des Gesetzes herangekommen wäre, die Zahl der Anwendungsfälle jener Bestimmung völlig genau berechnen lassen. Abstracter Norm entsprungen, gleicht die Verpflichtung schliesslich doch einer durch Individualgebot auferlegten Rechtspflicht.

Andererseits bemerkt Ihering mit Recht

Der Zweck im Rechte I (2. Aufl. 1884) S. 340,

dass „die Einberufung einer bestimmten Altersclasse zum Zweck der Aushebung" ein Individualgebot darstelle. Beschränkend muss ich freilich hinzufügen: falls nicht der Gestellungsbefehl lediglich zur Durchführung der durch abstracte Norm ohnehin ausgesprochenen Militärpflicht ergeht. So ist im Deutschen Reiche die Militärpflicht in allen ihren Stadien durch abstracte Norm geordnet: wohl aber konnte der staatliche Befehl einer levée en masse als Individualgebot bezeichnet werden.

Vgl. schon loi du 10 Août 1870 art. 2:

„Tous les citoyens non mariés ou veufs sans enfants .... sont appelés sous les drapeaux pendant la durée de la guerre actuelle"

Aegidi, Staatsarchiv 19. Bd., S. 191.

Auch findet sich in dem

Reichsgesetz vom 11. Februar 1888 betreffend Aenderungen der Wehrpflicht

insofern eine individuelle Bestimmung, als im § 7 verordnet wird:

„Zur erstmaligen Aufstellung der Listen haben sich diejenigen im Jahre 1850 oder später geborenen Personen, welche ... bereits zum Landsturm entlassen sind, innerhalb vier Wochen ... im Stationsorte der betreffenden Landwehr-Compagnie zu melden.“

Dass hierdurch eine Rechtspflicht eingeführt wird, kann auch für diejenigen, welche eine solche erst an den dem Zuwiderhandeln gedrohten Folgen erkennen wollen, in diesem Falle nicht zweifelhaft sein. Denn ausdrücklich wird bei Unterlassung der Meldung auf die Strafbestimmungen des § 67 des Reichs-Militärgesetzes verwiesen. — In gleicher Weise, freilich auch unter der gleichen beschränkenden Voraussetzung, würde jede Einforderung einer ausserordentlichen, einmaligen Kriegssteuer ein Individualgebot enthalten. Ebenso jede Anordnung einer Volkszählung, jedenfalls dann, wenn sie sich nicht bloss an die mit der Ausführung besonders betrauten (unmittelbaren und mittelbaren) staatlichen Organe, vielmehr zugleich auch an die ziffermässig erst festzustellende Menge der Haushaltungsvorstände wendet, welchen eine gewissenhafte Ausfüllung der Zähllisten — denkbarer Weise bei Strafe — zur Pflicht gemacht wird.

Und gerade weil sich abstracte und individuelle Norm vielfach nähern, enthält oft ein und dasselbe Gesetz die beiden neben einander: die erstere zur Regelung der Zukunft bestimmt, die letztere als sog. Uebergangsbestimmung für die unmittelbare Gegenwart bemessen. So das Reichsgesetz vom 24. Juni 1887, welches in seinen §§ 1 und 46 anordnet:

„Der im Gebiete der Branntweinsteuer-Gemeinschaft hergestellte Branntwein unterliegt vom 1. October 1887 ab einer Verbrauchsabgabe“ ... „Aller am 1. October d. J. innerhalb des Gebietes der Branntweinsteuer-Gemeinschaft im freien Ver-

kehr befindliche Branntwein unterliegt . . . der Verbrauchsabgabe in Form einer Nachsteuer von 0,30 M. für das Liter reinen Alkohols."

Denn der erste Paragraph normirt in abstracter Weise bis auf Weiteres die Abgabepflichtigkeit des künftig hergestellten Branntweines — der § 46 dagegen belegt mit der Nachsteuerpflicht diejenigen Personen, welche sich am 1. October 1887 im Besitze von Branntwein befinden werden, indem er für diese ein Individualgebot begründet. Jene Norm verträgt die Fassung „so oft so", diese letztere will nur einmal ihre Wirksamkeit entfalten.

Aehnlich verhält es sich mit dem Reichsgesetze vom 9. Juli 1887, die Besteuerung des Zuckers betreffend. Neben den abstracten Normen, welche für alle künftigen Inhaber von Zuckerfabriken gelten wollen, enthält § 62 Abs. 2 die Bestimmung:

> „Die Inhaber von Zuckerfabriken sind verbunden, den nach § 12 bis 17, 19 bis 21, 26 und 27 ihnen obliegenden Verpflichtungen rechtzeitig vor dem 1. August 1888 bei Vermeidung der gesetzlichen Strafen zu genügen" —

eine Bestimmung, die rein individuell sein würde, falls nur diejenigen getroffen werden sollten, welche zur Zeit des Inkrafttretens dieses § 62 Abs. 2 Inhaber von Zuckerfabriken waren, — welche aber freilich insofern ein abstractes Moment enthält, als in der Zwischenzeit bis zum 1. August 1888 weitere Zuckerfabriken entstehen konnten. Beachtenswerth ist in dieser Hinsicht auch das Gesetz des Norddeutschen Bundes vom 1. Juli 1868, welches in seinem § 1 die Concessionirung oder Duldung öffentlicher Spielbanken für die Zukunft untersagt, in seinem § 2 aber „die concessionirten Spielbanken . . . spätestens am 31. December 1872" schliessen lässt, ausserdem aber eine frühere Schliessung durch Verordnung des Bundespräsidiums gestattet.

Angesichts derartiger Erscheinungen und hingesehen auf die nahe Verwandtschaft zwischen abstracter und individueller Norm scheint es mir unmöglich, einen Unterschied zwischen beiden

darin zu finden, dass nur die erstere, nicht aber die letztere neues Recht setze. Auch würde eine solche Annahme zu einer Folgerung nöthigen, welche wohl auch die Gegner nur ungern hinnehmen möchten. Enthält die Individualnorm keinen Rechtssatz, so würde auch der Ungehorsam wider dieselbe nie Unrecht sein können. Denn das subjective Unrecht setzt eine subjective Verpflichtung, diese zu ihrer Erzeugung einen objectiven Rechtssatz voraus. Fehlte die Norm, so würde auch von Normwidrigkeit nicht gesprochen werden können.

Dreierlei Umstände sind es, welche, soviel ich sehe, die Neigung begünstigen, bei Individualnormen überhaupt nicht von Gesetzen oder doch nur von uneigentlichen Gesetzen zu reden und insbesondere bei ihnen jede Rechtssetzung auszuschliessen.

Einmal die Gewöhnung, als Function der Norm zwar an erster Stelle das Gebieten und Verbieten zu nennen, sodann aber ein drittes — wo nicht weiter ein viertes — Glied anzuschliessen: ein „Ermächtigen“, „Erlauben“, „Gewähren“, „Berechtigen“. Die These, dass individuelle Normen kein Recht setzen, wird dann mit Umgehung des Individual-Gebotes und -Verbotes regelmässig an der Hand von Beispielen „ermächtigender Normen“ durchgeführt. Man vergleiche nur die Belege bei Meyer und Seligmann; Gesetze über Anleiheaufnahmen, Subventionen, Dotationen und dergl. bilden die ständigen Beispiele.

Meyer a. a. O. S. 11. 12. 14. 21. 22. 23 etc.

Seligmann a. a. O. S. 63. 70 etc.

Stellt doch auch Hänel anfänglich „die Kategorieen des Gebotes und Verbotes, der Berechtigung und Ermächtigung“ auf (S. 113. 117. 120. 169. 170), um erst im weiteren Verlaufe seiner Darstellung diese Vierzahl von Begriffen wenigstens auf die Dreizahl „Gebieten, Verbieten, Ermächtigen“ zu reduciren (S. 184. 195. 197. 201. 211. 213). Von Berechtigung und Ermächtigung wird später noch zu reden sein. Hier haben wir es nur mit der einfachen Schlussfolgerung zu thun: wenn allseitig

zugestanden wird, dass die Aufgabe der Normen das Gebieten und Verbieten wenigstens auch mit umfasst — wenn die Gegner ferner behaupten, dass eine individuelle Norm niemals eine Rechtssetzung enthalte: dann kann folgeweise auch das Individualgebot sowie das Individualverbot niemals neues Recht setzen. Gegen die Richtigkeit des Mittelgliedes dieser These wendet sich die gegenwärtige Ausführung.

Ein zweiter Anlass entspringt der verhältnissmässigen Seltenheit individueller Gebote und Verbote. Im heutigen Rechtsstaate herrscht das Bestreben vor, die Staatsgenossen mit ihren persönlichen und sachlichen Gütern nicht allein der „Verwaltung" gegenüber sicher zu stellen, nein auch das Gesetz soll walten ohne Ansehen der Person, rein sachlich und unbeeinflusst von individuellen Interessen. Einem Jeden soll, wie die Summe seiner Rechte, so auch das Mass seiner Lasten möglichst im Voraus bestimmt sein. Nur so bietet sich die Garantie, dass das Gesetz nicht von Gunst oder Ungunst gegen den Einzelnen getragen wird. Ein Gesetz mit Individualbefehl wird daher nur in Ausnahmefällen, sei es als Uebergangsbestimmung, sei es als exceptionelle Nothmassregel erlassen werden.

Endlich trägt ein dritter Umstand dazu bei, dass wenigstens im Individual*gebote* die Rechtsregel verkannt wird. Wie jedes Gebot, heischt auch dieses Erfüllung; im regelmässigen Verlaufe der Dinge wird ihm die Erfüllung auf dem Fusse folgen. Und falls dies geschehen, ist mit der Erfüllung auch das Gebot selbst, die Rechtssetzung, erloschen. Auch der rechtssetzende Act mitsammt seiner Wirkung, der Rechtssetzung, gehört alsdann der Vergangenheit an; der Geschichte anheimgefallen, entwickelt er nicht weiter eine das Leben beherrschende Kraft. Dies ist der Gedanke, der IHERING's lebendiger Schilderung zu Grunde liegt, wenn er das Individualgebot als das Recht in Bewegung darstellt, welches erst in der abstracten Norm, im Gesetze, zur Ruhe komme.

IHERING a. a. O. S. 347.

Allein diese Erscheinung schwindet, wenn wir uns statt eines Individualgebotes, welches überhaupt in bestimmter Frist Erfüllung fordert und regelmässig auch innerhalb dieser Frist Erfüllung findet, ein Individualverbot vergegenwärtigen. Ein solches kann zeitlich überaus lang fortwirken.

Nehmen wir als Beispiel das französische Gesetz vom 22. Juni 1886, die Ausweisung der Kronprätendenten betreffend. Durch dessen erste Bestimmung wird das Gebiet der Republik den Häuptern jener Familien, welche in Frankreich regiert haben, sowie deren unmittelbaren Erben nach Ordnung der Primogenitur für alle Zeit untersagt.

Dies Beispiel ist um desswillen so lehrreich, weil sich die Norm in Wirklichkeit als abstracte Norm auslegen lässt, welcher um desswillen auch MEYER die Eigenschaft eines Rechtssatzes zusprechen wird. Denn betroffen werden die jeweiligen Häupter der Familien Orleans und Bonaparte, sowie deren erstgeborenen Söhne. Liesse das Gesetz jedoch die Auslegung zu, dass nur die jetzigen Häupter jener Familien und deren ältesten Söhne verbannt sein sollten, so wäre die Norm zweifellos eine Individualnorm. Sollte es nun wirklich allein von dieser Auslegung abhangen, ob das Gesetz auch ein Gesetz im materiellen Sinne sei, das einen Rechtssatz aufstellt, oder ob es zur Verfügung, zum blossen Gesetze im formellen Sinne herabsinke, dem ein Rechtssatz nicht innewohnt? Sollten doch aus der jetzt lebenden Generation bestimmte Personen getroffen werden und fühlten sich auch nur bestimmte Personen getroffen: der Graf von Paris und dessen Sohn Ludwig Philipp, der Prinz Napoleon und dessen ältester Sohn Prinz Victor. Betreffs dieser Personen war es ganz gleich, ob das Gesetz sie namentlich nannte oder durch Auslegung auf sie zu beschränken war oder als abstracte Norm sie und zugleich neben ihnen in weiterer Zukunft vielleicht noch andere Personen mitumfasste. In allen Fällen trieb sie ein

staatlicher Befehl vom heimathlichen Boden. Auch stellt sich der Befehl in dem einen wie in dem anderen Falle dar als zusammengesetzt aus Gebot und Verbot. Als abstracte Norm gedacht wie als Individualnorm enthielt das Gesetz für diejenigen Prätendenten, die sich in Frankreich befanden — für den Grafen von Paris, für Prinz Napoleon und Prinz Victor — zunächst das Gebot, den Boden Frankreichs zu verlassen: und weiter dann für sämmtliche Betroffene das Verbot der Rückkehr. Dieser letztere Theil des Gesetzes aber, dies Verbot, wirkt bis heute und weiterhin fort genau in derselben Weise, mögen wir das Gesetz als abstracte oder als individuelle Normirung auffassen: nämlich bis zur dereinstigen Zurücknahme des Gesetzes. Ob und welche secundären Rechtsfolgen einer Zuwiderhandlung gedroht sind, ist für unsere Frage gleichgültig. Indessen fehlen sie nicht; es ist für Strafzwang wie für Erfüllungszwang gesorgt. Derjenige, welcher sich in Verletzung des Verbotes in Frankreich, Algier oder den Colonieen antreffen lässt, wird mit Gefängniss von 2—5 Jahren bedroht; nach Verbüssung der Strafe soll er über die Grenze gebracht werden. Wenn nun — sowohl bei Unterstellung einer abstracten wie einer individuellen Norm — für die Betroffenen die subjective Pflicht entsprang, dem Gebote zu gehorchen und dem Verbote nicht zuwider zu handeln, so wird damit zugegeben, dass das Gesetz in dem einen wie in dem anderen Falle einen Rechtssatz schuf, der allein eine Rechtspflicht erzeugen und die Nichterfüllung der letzteren zum Unrecht stempeln kann.

Ich erwarte den Einwand: die Ausweisung der Kronprätendenten durch Gesetz ist inhaltlich doch immer eine Ausweisung, nichts anderes mithin als die Ausweisung von Ausländern durch die Polizeibehörde. Ist letztere ein „Verwaltungsact", so muss auch die erstere ein solcher sein, nur eingekleidet in die Form des Gesetzes und mithin ein Gesetz nur im formellen Sinne des Wortes.

Hiergegen darf ich mich nicht darauf berufen, dass das

angezogene französische Gesetz nicht selbst die Ausweisung enthalte, sondern nur die Ermächtigung zu ihr gewähre. Einmal würde ich damit den Gang meiner Beweisführung verlassen: ich will nur offensichtlich imperative Normen, nicht sog. „ermächtigende Normen“ verwerthen. Und weiter wäre mir auch diese Ausflucht nach Inhalt des Gesetzes verschlossen. Im weiteren Fortgange desselben wird allerdings die Regierung ermächtigt, das Gebiet der Republik den übrigen Mitgliedern der einstigen Herrscherfamilien zu untersagen; die Ausweisung erfolgt alsdann durch ein im Ministerrathe beschlossenes Decret des Präsidenten der Republik. Allein im Gegensatze zu dieser, der Regierung überlassenen Prinzenausweisung sind die Kronprätendenten selbst unmittelbar durch das Gesetz betroffen. Ihnen gegenüber bedurfte es zur Wirksamkeit des Gesetzes keines weiteren Regierungsbeschlusses, keiner Aufforderung, nicht einmal einer besonderen Notification. Das Gesetz selbst wies sie aus und unverzüglich folgten sie auch dessen Gebote.

Allein ein Punkt von entscheidender Bedeutung bliebe bei der Gleichstellung der Ausweisung von Ausländern und von Inländern unbeachtet. Ausländer haben überhaupt keinen Rechtsanspruch, im Inlande zu verweilen. Was Deutschland betrifft, so sind die Landespolizeibehörden zunächst durch reichsgesetzliche Bestimmungen in einer Reihe von Fällen ermächtigt, Nichtinländer (ich gebrauche diesen Ausdruck, um auch die Expatriirten mit zu umfassen) aus dem gesammten Reichsgebiete zu verweisen. So beispielsweise auf Grund der §§ 39 ², 284, 362 des St.-G.-B.'s. Nehmen wir den erstangezogenen Fall, so sind dreifache Bedingungen reichsrechtlich gesetzt:

ein Strafurtheil, welches auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt hat,

eine nach Anhörung der Gefängnissverwaltung ergangene Verfügung der höheren Landespolizeibehörde, welche den Verurtheilten unter Polizeiaufsicht stellt,

eine Verfügung der höheren Landespolizeibehörde, welche den unter Polizeiaufsicht gestellten Ausländer aus dem Bundesgebiete verweist.

Haben sich aber diese drei Bedingungen (von denen jeder einzelne Act wieder seine besonderen Voraussetzungen hat) in der angegebenen Reihenfolge verwirklicht, so ist der Ausländer auf Grund der (abstracten) reichsrechtlichen Norm ausgewiesen. Diese gebietet den Ausländern, das Bundesgebiet zu meiden, falls jener Thatbestand sich verwirklicht hat. Es zeigt sich dies vornehmlich an drei Punkten. Einmal könnte ohne reichsrechtliche Ermächtigung die Landespolizeibehörde immer nur aus dem Staatsgebiete, nicht aus dem Bundesgebiete verweisen — umgekehrt kann zweitens eine einzelstaatliche Norm jene reichsrechtliche Bestimmung nicht aufheben — und drittens ist die Rückkehr des Ausgewiesenen reichsrechtlich mit Strafe bedroht (§ 361 Ziff. 2 des St.-G.-B.'s). Hiernach functionirt die Ausweisung Seitens der Landespolizeibehörde nicht als ein neuer (einzelstaatlicher) Befehl: sie schafft nur die thatsächliche Voraussetzung für das Concretwerden der abstracten reichsrechtlichen Norm.

Freilich weit über die Grenzen dieser reichsrechtlichen Normirung hinaus steht den Landespolizeibehörden die Befugniss zu, Ausländer aus dem Gebiete des Einzelstaates zu verweisen. „Nach anerkannten staats- und völkerrechtlichen Grundsätzen kann die Ausweisung eines Ausländers auch ohne gesetzliche Grundlage erfolgen, wenn sie im Interesse der öffentlichen Sicherheit nothwendig wird oder wenn derselbe der Armenunterstützung verfällt".

G. Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes I (1883) § 45 S. 143.

Man könnte schwanken, ob nicht nunmehr eine reichsrechtliche Blankettnorm auch diese Fälle mit deckt. Denn der § 361 Ziff. 2 bedroht die Rückkehr auch dergestalt Ausgewiesener reichsrechtlich mit Strafe; die Strafdrohung aber umfasst zugleich das Verbot, dasjenige zu thun, was mit Strafe bedroht wird. Doch will

ich absehen von dieser, immerhin nicht einwandfreien Construction — schon um desswillen, weil sie für die Zeit vor dem Inkrafttreten des Strafgesetzbuches unanwendbar wäre. Immer aber steht eine derartige Ausweisung durch die Landespolizeibehörde unter der Herrschaft jener abstracten einzelstaatlichen Norm. Auch in diesen wie in den vorigen Fällen kann man mithin die einzelne Ausweisung als Verwaltungsact bezeichnen. Sie schafft nicht die Norm, sie enthält keine neue Rechtssetzung, sie erbringt nur die Vorbedingung für das Concretwerden der (in den letztbesprochenen Fällen nicht auf Gesetz, sondern auf Gewohnheit beruhenden) abstracten Norm.

Gerade hierin steht es mit der Ausweisung von Inländern anders. Auch in Frankreich bestand vor dem angezogenen Gesetze keine Norm, welche den Häuptern gewisser Familien wenn auch nur bedingt das Heimathland verschloss. Jenes Gesetz schuf mithin erst die Norm selbst, mögen wir sie als abstracte oder als individuelle nehmen. Darum ist aber jene Ausweisung nicht bloss Verwaltungsact: sie ist der rechtssetzende Act selbst. Nicht anders würde es stehen, wenn über die Grenzen der völkerrechtlich und staatsrechtlich gestatteten Ausweisungen von Ausländern hinaus alle Angehörigen eines fremden Staates des Landes verwiesen werden sollten. Hier würde, wie bei den Ausweisungen der Deutschen aus gewissen französischen Departements, welche unter dem 28. August und 5. September 1870 verfügt wurden (ihre völkerrechtliche Zulässigkeit bei Seite gesetzt), eine neue Rechtsbildung, nicht bloss Rechtsanwendung sich vollziehen.

Es leitet dies über zu einem anderen möglichen Einwand. „Es muss doch einen Begriff für Rechtsgesetz geben: denn als z. B. in Preussen noch keine Verfassung bestand, und die gesammte staatliche Gewalt in einer Hand unbeschränkt vereinigt war, haben sich doch unzweifelhaft die einzelnen Regierungshandlungen des Königs durch begriffliche Merkmale derartig von einander unterschieden, dass man sagen konnte: diese war eine

legislative, jene eine administrative Massregel des Monarchen. Vor Einführung der Verfassung ist es wohl Niemand eingefallen, zu behaupten: dass der Landesherr, indem er die Anweisung gab, eine Kaserne zu bauen, in seiner Eigenschaft als Gesetzgeber gehandelt habe. Und wenn man zu dem Resultate kommt: diese und jene Anordnung, beispielsweise eine Anleihe aufzunehmen, Darlehensgeschäfte zu contrahiren, war materiell ein Verwaltungsgeschäft, kann man dann sagen: der Begriff dieser Verfügung ist ein anderer geworden, weil jetzt auch der Landtag zustimmen muss?"

SELIGMANN a. a. O. S. 79.

Vollkommen richtig. Allein gerade an diesen Beispielen lässt sich der Unterschied von Rechtssetzung und Nichtrechtssetzung veranschaulichen. Die Anleiheaufnahme selbst war früher und ist heute noch ein Rechtsgeschäft — das Kasernenbauen (wie jedes Bauen) eine gemeine, physische Handlung, welcher Rechtseffect nur insofern zukommt, als das Eingebaute Theil des Grund und Bodens wird. Die „Anordnung" der Darlehensaufnahme aber ebenso wie die des Kasernenbaues, war und würde heute sein der Dienstbefehl an die untergebenen staatlichen Organe, das Rechtsgeschäft der Darlehensaufnahme vorzunehmen, den Bau selbst auszuführen oder den Baumeister etc. zu dingen: eine neue Rechtssetzung um desswillen nicht, weil diese staatlichen Organe auf Grund ihrer Anstellung verpflichtet sind, die ihnen zukommenden Dienstbefehle auszuführen. Wo aber in der absoluten Monarchie der Landesherr einen neuen Befehl erliess, dem Gehorsam geschuldet wurde eben um desswillen, weil der Landesherr befohlen, da haben wir in der That neue Rechtssetzung vor uns, mochte „des Königs Befehl" abstract lauten oder individuell. „Königliche Befehle" finden sich denn auch aus jener Zeit in den Gesetzsammlungen, so auch in der des Preussischen Staates.

Es scheint mir auch MEYER's Ansicht in der praktischen Handhabung zu überaus bedenklichen Ergebnissen zu führen.

„Unter der Herrschaft dieses Sprachgebrauches" — welcher Gesetz nur im Sinne von allgemeiner Rechtsvorschrift verstehen soll — „sind die deutschen Landesverfassungen entstanden; er liegt ihren Festsetzungen zu Grunde. Demnach ist in Aussprüchen, wie: „kein Gesetz darf ohne Zustimmung der Stände erlassen werden" . . . „unter Gesetz eine allgemeine, die Unterthanen verpflichtende Vorschrift zu verstehen".

Meyer, Der Begriff des Gesetzes S. 19.

Hiergegen Hänel a. a. O. S. 129 f.

Eine Folgerung, die Meyer sofort zieht, wäre alsdann: wenn daneben auch für die Regelung individueller Thatbestände der Weg der Gesetzgebung vorgeschrieben ist, sind damit nur die Formen genannt, in welchen jene Regelung ausnahmsweise zu erfolgen hat. Allein eine weitere Folge wäre, dass jede individuelle Verfügung, welche nicht ausnahmsweise in die Form des Gesetzes gebannt ist, eben weil sie kein Gesetz wäre, ohne Mitwirkung der Landesvertretung erlassen werden könnte. Nehmen wir als Beispiel das Grundgesetz über die landständische Verfassung des Grossherzogthums S.-Weimar-Eisenach vom 5. Mai 1816, welches für eine ganze Gruppe deutscher landständischer Verfassungen vorbildlich gewesen ist und welches auch Hänel S. 128 bei dieser Frage heranzieht. Nach § 5, Ziff. 6 wird den Landständen zugesprochen

> „das Recht, an der Gesetzgebung in der Art Theil zu nehmen, dass neue Gesetze, welche entweder die Landesverfassung betreffen, oder die persönliche Freiheit, die Sicherheit und das Eigenthum der Staatsbürger in dem ganzen Lande, oder in einer ganzen Provinz, zum Gegenstande haben und eben desshalb das Allgemeine angehen, ohne ihren, der Landstände, vorgängigen Beirath und ihre Einwilligung nicht erlassen werden dürfen."

Von Meyer's Grundlage aus würde hiernach dem Landesherrn die Befugniss geblieben sein, ohne Beirath und Einwilligung

der Landstände auch Freiheit, Sicherheit und Eigenthum des Einzelnen durch individuelle „Verfügung“ anzugreifen — mindestens auf so lange, bis in den neuen Formen der Gesetzgebung die Fälle erlaubten Eingriffes erschöpfend fixirt worden wären. Und doch halte ich diesen Satz für nicht gerechtfertigt, obschon hier auch HÄNEL dem Landesherrn das Individualgesetz frei giebt. Die Worte „welche . . . das Allgemeine angehen“ erhalten durch die Zwischenworte „eben desshalb“ ihre Erläuterung; die Allgemeinheit ist auch an dem Wohl und Wehe der Einzelnen interessirt, deren Summe die Allgemeinheit bildet.

Andererseits vermag ich mich der Schlussargumentation HÄNEL's S. 138 betreffs der Reichsverfassung nicht anzuschliessen. Allerdings wird von dem Standpunkte MEYER's aus den Einzelstaaten auch betreffs der Materien, welche in Art. 4 der Reichsverfassung aufgeführt werden, das Recht zum Erlass von Individual-Geboten und -Verboten zugesprochen werden müssen — mit Ausnahme derjenigen Materien, betreffs derer dem Reiche verfassungsmässig ausschliesslich die Gesetzgebung zusteht. Allein ehe das Reich von seiner Gesetzgebungsbefugniss Gebrauch macht, haben die Einzelstaaten ohnehin concurrirende Gesetzgebung — und nachdem das Reich gesprochen, ist den Einzelstaaten abstracte wie individuelle Normirung in gleicher Weise entzogen.

Nach alledem gelange ich zu folgendem Ergebnisse. Abstracte und individuelle Gebote und Verbote enthalten gleichermassen neue Rechtssetzung; formelle Gesetze dieses Inhaltes sind mithin auch Gesetze im materiellen Sinne des Wortes. Die These HÄNEL's von der Congruenz des formellen und materiellen Gesetzes ist hiernach durch den Hinweis darauf, dass es „Gesetze“ gebe, welche nur Individualnormen enthielten, nicht zu erschüttern.

(Fortsetzung folgt.)